HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
5671-20

KONKURRENSVERKET
Enhet
21-09-06
Dnr
KSnr
Aktbil

meddelad i Stockholm den 6 september 2021

KLAGANDE
Linde Bergslags församling, 252004-8485

Ombud: Advokaterna [redacted] och [redacted]
Reuterman Advokatbyrå AB
Drottninggatan 22
411 14 Göteborg

MOTPART
Arbetsförmedlingen
113 99 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Kammarrätten i Stockholms dom den 28 september 2020 i mål nr 2056-20

SAKEN
Offentlig upphandling

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen avslår yrkandet om att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon **Telefax**
08-561 676 00
E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se
www.hogstaforvaltningsdomstolen.se

Expeditionstid
måndag–fredag
09:00–12:00
13:00–16:00

DOM

Mål nr
5671-20

BAKGRUND

1. En offentlig upphandling ska genomföras på ett sådant sätt att leverantörer behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. En upphandling får därför inte utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

2. Av sociala skäl kan en upphandling reserveras för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden, s.k. sociala företag. Den skyddade verkstaden eller det sociala företaget ska till viss andel, minst 30 procent, sysselsätta personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

3. Arbetsförmedlingen genomför en upphandling av ramavtal genom ett s.k. förenklat förfarande. De tjänster som upphandlingen avser är arbetsförberedande insatser för arbetssökande som är inskrivna på Arbetsförmedlingen och som har stort behov av stöd för att komma in på arbetsmarknaden. Upphandlingen är reserverad för skyddade verkstäder och sociala företag.

4. Linde Bergslags församling lämnade anbud i upphandlingen och angav följande. Avtalet ska fullgöras av S:t Mary Lindesberg. S:t Mary bedriver arbetsintegrerande verksamhet inom Svenska kyrkan och finns på flera orter, bl.a. i Lindesberg. S:t Mary Lindesberg är en självständig organisatorisk enhet inom församlingen och uppfyller kraven för att få delta i den reserverade upphandlingen.

5. Arbetsförmedlingen menade att det var församlingens hela verksamhet, inte enbart det arbete som enheten S:t Mary Lindesberg bedriver, som skulle uppfylla kraven för att få delta i upphandlingen eftersom det var församlingen som hade lämnat anbudet. Församlingen ansågs inte uppfylla dessa krav.

6. Församlingen ansökte hos Förvaltningsrätten i Stockholm om överprövning av upphandlingen och anförde följande. En leverantör behöver inte vara en egen juridisk person utan kan vara en organisatorisk enhet inom en sådan. Av anbudet framgår att det är S:t Mary Lindesberg som ska fullgöra avtalet. Den omständigheten att församlingen i formell mening har lämnat anbudet ändrar inte det förhållandet att det är en viss enhet inom församlingen, S:t Mary Lindesberg, som är leverantör i upphandlingsregelverkets mening. Prövningen ska därför avse om S:t Mary Lindesberg uppfyller kraven.

7. Förvaltningsrätten avslog ansökan om överprövning. Förvaltningsrätten konstaterade att det är församlingen som har lämnat anbudet och att kraven för att få delta i den reserverade upphandlingen därför ska prövas mot församlingens hela verksamhet.

8. Kammarrätten i Stockholm avslog församlingens överklagande dit. Kammarrätten ansåg att en verksamhetsdel inom en juridisk person saknar möjlighet att förvärva rättigheter och skyldigheter och därför inte kan betraktas som en leverantör. Vidare ansåg kammarrätten att det inte är möjligt för en leverantör att uppfylla kraven för att få delta i en reserverad upphandling genom att hänvisa till en organisatorisk enhet inom leverantören. En sådan ordning skulle göra det möjligt för leverantörer som har möjlighet att tilldelas avtal under normala konkurrensförhållanden att kvalificera sig i reserverade upphandlingar genom att skapa verksamhetsdelar som uppfyller kraven.

YRKANDEN M.M.

9. *Linde Bergslags församling* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska besluta, i första hand, att upphandlingen ska rättas genom en ny utvärdering där anbudet från församlingen ska ingå och i andra hand, att upphandlingen ska göras om. Dessutom yrkar församlingen att Högsta förvaltningsdomstolen ska hämta in ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

10. Församlingen anför följande. Regelverket hindrar inte att en skyddad verkstad eller ett socialt företag deltar i en reserverad upphandling såsom varande en enhet inom en större organisation och att enheten ger in anbud med angivande av den större organisationens juridiska person och ställning. I detta ligger att en leverantör kan kvalificera sig i en reserverad upphandling med hänvisning till att en organisatorisk enhet inom leverantören utgör en skyddad verkstad eller ett socialt företag.

11. *Arbetsförmedlingen* anser att överklagandet ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet

12. Frågan i målet gäller förutsättningarna för en anbudsgivare att kvalificera sig i en reserverad upphandling när anbudsgivaren har angett att avtalet ska fullgöras av en organisatorisk enhet inom anbudsgivaren och att den enheten utgör en skyddad verkstad eller ett socialt företag.

Rättslig reglering m.m.

13. Enligt 1 kap. 16 § första stycket lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, avses med leverantör den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader. Med leverantör avses också, enligt andra stycket, grupper av leverantörer.

14. Bestämmelsen genomför artikel 2.10 i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling (2014 års direktiv). I artikeln definieras ekonomisk aktör som varje fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller enheter, inbegripet tillfälliga företagssammanslutningar, som erbjuder sig att utföra byggentreprenader och/eller byggnadsverk, leverera varor eller

tillhandahålla tjänster på marknaden. Uttrycket ekonomisk aktör motsvaras i den svenska lagstiftningen av uttrycket leverantör.

15. I skäl 14 i direktivet anges följande. Det bör klargöras att begreppet ekonomisk aktör bör ges en vid tolkning så att det omfattar alla personer och/eller enheter som erbjuder sig att utföra byggentreprenader, leverera varor eller tillhandahålla tjänster på marknaden, oberoende av vilken juridisk form de har valt för sin verksamhet. Således bör samtliga företag, filialer, dotterbolag, partnerskap, kooperativ, aktiebolag, universitet och andra former av enheter som inte är fysiska personer, oavsett om de är offentliga eller privata, omfattas av begreppet ekonomisk aktör, oavsett om de är juridiska personer under samtliga omständigheter.

16. I 4 kap. 18 § första stycket LOU anges att en upphandlande myndighet får för en upphandling reservera deltagandet för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden, eller föreskriva att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning. I andra stycket anges att en förutsättning för att en leverantör ska få delta i en upphandling enligt första stycket är att minst 30 procent av dem som sysselsätts i den skyddade verkstaden, hos leverantören eller i programmet för skyddad anställning är personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden. Bestämmelsen genomför artikel 20.1 i 2014 års direktiv.

17. Av 7 kap. 1 § LOU följer att en upphandlande myndighet får ingå ramavtal om den använder något av upphandlingsförfarandena i lagen.

18. Av 19 kap. 2 § följer att bestämmelserna i 1 kap. 16 §, 4 kap. 18 § och 7 kap. 1 § är tillämpliga även vid upphandlingar som genomförs som ett förenklat förfarande enligt 19 kap.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

19. För bedömningen av de frågor som aktualiseras i målet finns tillräcklig vägledning. Det saknas därför skäl att hämta in förhandsavgörande från EU-domstolen.

20. Linde Bergslags församling gör gällande att det är S:t Mary Lindesberg som ska fullgöra avtalet och som därför är leverantör i upphandlingsregelverkets mening och att det förhållandet att församlingen i formell mening har lämnat anbudet inte förändrar detta. Arbetsförmedlingen gör motsatt bedömning.

21. Den första fråga som Högsta förvaltningsdomstolen har att ta ställning till är således vem av församlingen och S:t Mary Lindesberg som ska anses vara leverantör i den aktuella upphandlingen. Avgörande i detta avseende är innebörden av begreppet leverantör i lagen om offentlig upphandling, som alltså motsvarar begreppet ekonomisk aktör i 2014 års direktiv.

22. Av artikel 2.10 och skäl 14 i direktivet följer att begreppet ekonomisk aktör ska ges en vid tolkning och att den juridiska formen inte är avgörande. I princip får således alla fysiska och juridiska personer samt grupper av och enheter inom sådana personer delta i upphandlingsförfaranden. Av EU-domstolens praxis följer också att varje person eller enhet som, med beaktande av de villkor som uppställs i ett meddelande om offentlig upphandling, anser sig vara lämpad att direkt eller genom att använda sig av underleverantörer säkerställa att avtalet genomförs, får lämna anbud (jfr t.ex. CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punkt 42 och Parsec Fondazione, C-219/19, EU:C:2020:470, punkterna 20–22).

23. Inte heller avseende reserverade upphandlingar ställs det upp några krav på att en skyddad verkstad eller ett socialt företag ska ha en särskild associationsrättslig form eller struktur. Krav ställs endast avseende verksamhetens inriktning och vilka grupper som sysselsätts inom denna (artikel 20.1 i 2014 års direktiv).

24. Begreppet leverantör i lagen om offentlig upphandling ska ges motsvarande vidsträckta tolkning. Det är således en vid och disparat krets av aktörer som, oberoende av hur de är organiserade, kan vara leverantörer. Ingenting hindrar därmed att t.ex. en organisatorisk enhet inom en juridisk person lämnar anbud i en upphandling och alltså är en leverantör i upphandlingsregelverkets mening.

25. En annan sak är att en upphandlande myndighet behöver utforma bl.a. kvalificeringskraven så att alla leverantörer – oavsett organisationsform – har möjlighet att lämna anbud i upphandlingen på likvärdiga villkor. En leverantör behöver också skaffa sig information om upphandlingen i syfte att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud och kan, om den tilldelas ett avtal, behöva vidta olika arrangemang för att avtalet ska kunna fullgöras.

26. Mot denna bakgrund saknas det enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening skäl att när det gäller ett visst anbud betrakta någon annan än den som faktiskt har lämnat anbudet som leverantör.

27. I den aktuella upphandlingen är det Linde Bergslags församling som har lämnat anbud och som därför är leverantör i upphandlingen, inte S:t Mary Lindesberg. Det förhållandet att anbudet i och för sig skulle ha kunnat lämnas av S:t Mary Lindesberg saknar härvidlag betydelse.

28. Nästa fråga som Högsta förvaltningsdomstolen har att ta ställning till är om församlingen kan kvalificera sig i den reserverade upphandlingen med hänvisning till att S:t Mary Lindesberg utgör en skyddad verkstad eller ett socialt företag och att det är den enheten som ska fullgöra avtalet.

29. Genom bestämmelserna i 4 kap. 18 § LOU om reserverade upphandlingar tillåts av sociala skäl en positiv särbehandling av vissa leverantörer. Syftet med regleringen är att de aktuella leverantörerna ska ges en möjlighet att tilldelas avtal under förutsättningar som inte skulle gälla vid normala konkurrensförhållanden.

30. För att säkerställa detta syfte måste enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening de krav som ställs för att kvalificera sig i en upphandling gälla leverantören som sådan. Den leverantör som lämnar ett anbud i en reserverad upphandling ska alltså, för att kvalificera sig, vara en skyddad verkstad eller ett socialt företag samt ha en tillräckligt hög sysselsättningsgrad beträffande personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden (jfr prop. 2015/16:195 s. 461 f.).

31. Det har inte gjorts gällande att verksamheten vid Linde Bergslags församling är sådan att församlingen uppfyller kraven för att få delta i den reserverade upphandlingen. Arbetsförmedlingen har därför haft fog för att diskvalificera församlingen från deltagande. Överklagandet ska således avslås.

I avgörandet har deltagit justitieråden Henrik Jermsten, Kristina Svahn Starrsjö, Ulrik von Essen, Helena Rosén Andersson och Mats Anderson.

Föredragande har varit justitiesekreteraren Sara Westerlund.